

**JOSÉ FERREIRA DA SILVA NASCIMENTO**

**A SÚMULA N.º 363 DO TST SOB O PRISMA DO PRINCÍPIO  
DA PROPORCIONALIDADE:**

A patente necessidade de sua revisão.

Monografia apresentada como requisito para  
conclusão do curso de bacharelado em Direito  
do Centro Universitário de Brasília.

Orientador: Prof. Fernando Hugo R. Miranda

**BRASÍLIA**

2010

O presente trabalho é dedicado aos meus amados pais, que sempre me estimularam a fazer o melhor.

Agradeço, antes de tudo a Deus, por todas as oportunidades que Ele me concedeu na vida. Faço uma menção honrosa à minha Madrinha querida, Cristiane Delgado, que me fez dar o primeiro passo, num momento onde nem mesmo eu acreditava no meu potencial. Também sou grato ao Ministro Ives Gandra, do TST, por todo apoio inicial e não poderia deixar de citar outras pessoas, que de diferentes maneiras me ajudaram nesta minha jornada: minha querida companheira, Lucirene, que é minha infindável fonte de inspiração, minha irmã, meu anjo. Não posso esquecer de meus amigos do Gabinete, de meus colegas de Faculdade e de meu Orientador, que soube me conduzir tão bem.

## RESUMO

O intuito deste trabalho foi o de esmiuçar o teor da Súmula n.º 363 do Tribunal Superior do Trabalho, com a demonstração de seu histórico, fundamentos e objetivos, sob o prisma dos critérios determinantes do Princípio da Proporcionalidade. Neste diapasão, constatou-se que o referido verbete não foi apto a consecução do fim almejado, nem representou a medida idônea menos lesiva à direitos fundamentais (do trabalhador contratado irregularmente), além de ter sido ineficaz, por apenas trazer desvantagens ao trabalhador, sem propiciar vantagens à Administração Pública, o que demonstra a sua desproporcionalidade. Conclui-se pela veemente e inadiável revisão da Súmula n.º 363 do TST, ante a sua ineficácia, verificada no seu não enquadramento no Princípio da Proporcionalidade e na contínua violação ao art. 37, II, da CF.

**PALAVRAS-CHAVE:** Súmula n.º 363 do TST, revisão, ineficácia, desproporcionalidade, Administração Pública, direitos fundamentais, princípio da proporcionalidade.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>7</b>
<b>1 A POSIÇÃO DO TST SOBRE A NULIDADE DO CONTRATO DE TRABALHO PELO VÍCIO DO § 2º DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. ....</b>	<b>10</b>
1.1 Requisitos gerais e especiais do contrato de trabalho.....	10
1.2 Requisitos especiais .....	14
1.3 Contrato Nulo .....	15
1.4 Trabalho Proibido .....	17
1.5 O Requisito especial do inciso II do art. 37 da Constituição Federal .....	19
1.5.1 Investidura em cargo ou emprego público – Princípio do Concurso Público .....	19
1.6 Súmula 363 do Tribunal Superior do Trabalho .....	21
1.6.1 Histórico e Fundamentos.....	21
1.6.2 Precedentes do Tribunal Superior do Trabalho .....	25
1.6.3 A posição da doutrina convergente .....	29
<b>2 A TEORIA DOS PRINCÍPIOS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E SEUS CRITÉRIOS DETERMINANTES .....</b>	<b>32</b>
2.1 Colisão entre princípios constitucionais e conflito de regras. ....	32
2.2 Princípio da Proporcionalidade .....	36
2.2.1 A teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade .....	41
2.3 Os critérios determinantes da Proporcionalidade.....	44
2.3.1 O critério da Adequação.....	44
2.3.2 O critério da Necessidade.....	46
2.3.3 O critério da Proporcionalidade em Sentido Estrito.....	47
<b>3 SÚMULA 363 DO TST – FUNDAMENTOS, OBJETIVOS E RESULTADOS ALCANÇADOS – NÃO ENQUADRAMENTO NO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....</b>	<b>50</b>
3.1 Histórico e fundamentos .....	50
3.2 Referencial Teórico .....	52
3.3 Análise dos Fundamentos justificadores do entendimento consagrado na Súmula 363 do Tribunal Superior do Trabalho.....	53
3.3.1 Deferimento de Direitos Trabalhistas só quando há reconhecimento de vínculo empregatício com o Estado.....	53
3.3.2 Ponderação entre o Princípio do Concurso Público e o Princípio da Proteção ao Trabalhador - Equilíbrio entre os interesses do Estado e os do Trabalhador.....	54
3.4 O enunciado 363 do TST (à luz) sob o prisma do Princípio da Proporcionalidade e seus critérios.....	58
3.4.1 Princípio da Proporcionalidade - Critério da Adequação – Por que a Súmula 363 do TST não é idônea? .....	58
3.4.2 Princípio da Necessidade ou da Exigibilidade - Existência de medidas menos onerosas para o trabalhador contratado irregularmente e mais idônea.....	59

3.4.3. Critério da Proporcionalidade em sentido Estrito – Não “enquadramento” da Súmula 363 do Tribunal Superior do Trabalho.....	60
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>63</b>
<b>REFERÊNCIA .....</b>	<b>65</b>

## INTRODUÇÃO

Num país onde os princípios norteadores da atividade administrativa são constantemente vilipendiados, nos mais variados níveis, sendo exemplo o uso indevido do dinheiro público e o aparelhamento do Estado, o debate sobre meios para se combater tais condutas torna-se pertinente.

A Constituição Federal de 1988, em norma contida no inciso II do seu art. 37, vedou a contratação de servidor público sem a prévia aprovação deste em concurso público

Não há como negar que a norma que esta regra representou um avanço no que diz respeito à moralização do serviço público. Entretanto, apesar da importância de se criar regras para o ingresso nos quadros da Administração Pública, não há como se aviltar (negligenciar) outras normas fundamentais também previstas na Constituição da República, que dizem respeito à valorização do trabalho humano.

O objetivo deste trabalho é o de investigar, tendo como marco teórico o Princípio da Proporcionalidade, até que ponto a Súmula 363 do TST foi capaz de coibir contratações feitas ao arrepio do preceito constitucional em questão, sem ferir direitos fundamentais próprios do Direito do Trabalho.

No primeiro capítulo, logo de início, será visto os requisitos gerais e especiais do contrato de trabalho, ressaltando-se seu conceito e suas particularidades, como forma de diferenciá-lo de outras formas de contratação. Também foi traçado um paralelo entre o contrato nulo e o trabalho proibido, com vistas a demonstrar que é possível a geração de efeitos de um ato declarado nulo.

Também foi objeto do primeiro capítulo o histórico da formulação da Súmula 363 do TST, com o estudo dos principais precedentes e dos motivos que justificaram as mudanças que ocorreram no seu teor, bem como a opinião da doutrina convergente. Pretendeu-se mostrar as motivações e os argumentos que conduziram ao entendimento nela consubstanciado.

O segundo capítulo, num primeiro momento, visou estabelecer a distinção entre princípios e regras, sob a ótica da teoria dos direitos fundamentais, formulada por Robert Alexy, além de conter o desenvolvimento do marco teórico, consubstanciado no Princípio da Proporcionalidade, com seu breve histórico, com a explanação e detalhamento de seus critérios (Adequação, Necessidade e Proporcionalidade em Sentido Estrito) e a forma como atua como método de ponderação, por meio de uma relação de precedência condicionada.

A demonstração de que a Súmula não cumpriu seus objetivos e que seus fundamentos se afiguram contraditórios foi objeto de análise do terceiro capítulo.

Já o objetivo do terceiro capítulo foi o de desmistificar os argumentos lançados pelo Tribunal Superior do Trabalho como justificadores do entendimento contido no verbete ora analisado.



Primeiro foi feito um breve relato do que foi consignado nos capítulos anteriores; num segundo momento cada argumento do TST foi exposto e rechaçado; por fim, o capítulo se encerra com a sujeição do teor da Súmula a um processo de análise de seu enquadramento ou não nos critérios determinantes da Proporcionalidade, sendo que a resposta a tal indagação foi negativa.

## **1 A POSIÇÃO DO TST SOBRE A NULIDADE DO CONTRATO DE TRABALHO PELO VÍCIO DO § 2º DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.**

### **1.1 Requisitos gerais e especiais do contrato de trabalho.**

A atual Constituição, no inciso XIII do art. 5º, garante o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, desde que atendidas as qualificações profissionais, quando necessárias, estabelecidas em lei.<sup>1</sup>

Tal exercício deve vir acompanhado de uma garantia a mais, presente na formação de um contrato de trabalho que seja apto a regular a relação entre as partes, fixando direitos e obrigações, garantindo, assim, uma maior segurança jurídica no caso de inadimplemento por qualquer das partes, seja durante ou após o término da relação de emprego.

Antes de iniciarmos qualquer debate acerca dos requisitos do contrato de trabalho é importante conceituá-lo. Nesse intuito, precisas são as palavras de Carlos Zangrando, que define contrato de trabalho como:

[...] o negócio jurídico pelo qual uma ou mais pessoas naturais se obrigam a, pessoalmente, prestar serviços contínuos a outra pessoa, natural ou jurídica, em estado de subordinação a esta, mediante o pagamento de salário.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Manual de Direito do Trabalho**: tomo I. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2004.

<sup>2</sup> ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. **Curso de Direito do Trabalho**: tomo II. São Paulo: LTr, 2008, p. 616.

Vê-se claramente que em tal definição, ou em outras que se observe, estão presentes os elementos caracterizadores da relação de emprego, dispostos nos arts. 2º e 3º da CLT, quais sejam, pessoalidade, subordinação, onerosidade e continuidade.

Alguns autores consideram como requisitos gerais do contrato de trabalho, os elementos que caracterizam a relação de emprego, destacando-se Sérgio Pinto Martins. O certo é que a maior parte da doutrina, incluindo nomes como o de Maurício Godinho Delgado, coloca outros fatores como os inerentes ao contrato de trabalho.

Cumpre destacar que os elementos essenciais de validade do contrato individual de trabalho não são fixados pela CLT, e em função de tal fato que o Direito Civil é aplicado subsidiariamente, elencando, como elementos essenciais à capacidade das partes, a licitude do objeto, a forma prescrita ou não vedada por lei, que são os requisitos gerais de qualquer contrato, inclusive o de trabalho.

Os elementos jurídicos formais (elementos essenciais) do contrato de trabalho são aqueles enunciados pelo Direito Civil: capacidade das partes; licitude do objeto; forma prescrita ou não vedada por lei (...) A esses três classicamente acolhidos, soma-se a higidez da manifestação da vontade (ou consenso válido). Esse elementos estruturantes comparecem ao Direitos do trabalho, obviamente, com as adequações próprias a esse ramo jurídico especializado.<sup>3</sup>

O primeiro requisito listado, a capacidade, diz respeito à idade considerada ideal para o exercício da prática laboral, sendo que em determinados casos, tal requisito sofrerá

---

<sup>3</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: Ltr, 2009, p. 469.

variações, valendo ressaltar que no Direito do Trabalho, a idade, como critério a justificar a plena capacidade, não possui as mesmas regras que na órbita do Direito Civil.<sup>4</sup>

No Direito do Trabalho, a capacidade dependerá do objeto do contrato e das condições de seu exercício, sendo que é plena a capacidade trabalhista a partir dos dezoito anos:

É absolutamente incapaz para o trabalho o menor de dezesseis anos, salvo o menor aprendiz, a partir dos catorze anos. É permitido o labor para o maior de dezesseis e o menor de dezoito anos, excetuando-se as condições insalubres e perigosas, bem como o labor noturno (art. 7º, XXXIII, CF). A partir dos dezoito anos, é plena a capacidade trabalhista.<sup>5</sup>

No que tange à licitude do objeto, é importante frisar que dentro do âmbito trabalhista, o termo objeto lícito se confunde com o próprio conteúdo do contrato de trabalho. Assim, a atividade a ser desenvolvida pelo obreiro, por ser um dos elementos que caracterizam o contrato de trabalho, deve ser uma atividade eivada de moralidade, de acordo com os bons costumes e que não desrespeite a ordem pública, além de ser possível do ponto de vista físico e jurídico. Consubstanciando o acima exposto, precisas são as palavras de Alice Monteiro de Barros:

Para que haja tutela do Direito do Trabalho é necessário que o objeto do contrato seja lícito, pouco importando a licitude ou ilicitude do empreendimento. A licitude do objeto refere-se à qualidade mesma da prestação de serviços ou, em outras palavras, à natureza dos serviços que constituem essa prestação.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005, p. 220.

<sup>5</sup> JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Manual de Direito do Trabalho**: tomo I. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 429.

<sup>6</sup> BARROS, op.cit., p. 221.

Por fim, temos como requisito essencial do contrato de trabalho a forma, que reflete a maneira pela qual o ato jurídico se exterioriza, ou seja, o modo pelo qual se apresenta no mundo jurídico.<sup>7</sup>

Em regra, temos o contrato de trabalho como um ato jurídico não-solene, podendo ser firmado de forma tácita ou expressa, oral ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado.

Para maior segurança das Partes envolvidas, o ideal é que o contrato seja escrito, com as solenidades daí decorrentes, mas tal possibilidade não é obrigatória, apesar de termos exceções, que exige a forma escrita para os contratos de aprendizagem, de serviço temporário, de artista, de atleta profissional de futebol e, ainda, para a rescisão de todos os contratos de trabalho com duração efetiva superior a um ano.<sup>8</sup>

Não é demais consignar que a regra da não solenidade quanto à forma do contrato é oriunda do Direito Civil, sendo que:

No Direito do Trabalho, essa regra também se manifesta: em princípio, não há qualquer instrumentalização específica obrigatória na celebração de um contrato empregatício. O contrato de trabalho é pacto não solene; é, portanto, contrato do tipo informal, consensual, podendo ser lícitamente ajustado até mesmo de modo apenas tácito (caput dos artigos 442 e 443 da CLT).<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Manual de Direito do Trabalho**: tomo I. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

<sup>8</sup> Ibidem.

<sup>9</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: Ltr, 2009, p. 473.

## 1.2 Requisitos especiais

Além dos requisitos supracitados, presentes em todos os contratos de trabalho válidos existem outros, que surgem em tipos especiais de contratação.

Temos o caso do Contrato de Aprendizagem, que é necessariamente escrito e por prazo determinado, e tem como requisitos especiais para sua configuração, à exigibilidade de que o trabalhador-aprendiz conte com menos de 18 anos, e que o empregador proporcione o ensino prático de ofício ou profissão.

Como salienta Orlando Gomes e Elson Gottschalk:

É condição essencial para a aprendizagem contratual contar o trabalhador menos de dezoito anos, e, de outro lado, a prestação pelo empregador do ensino metódico do ofício ou profissão.<sup>10</sup>

A contratação de trabalhador rural também trás em seu bojo requisitos especiais, que se confundem com a própria essência do ajuste.

O empregador rural, seja empresário individual, seja empresa coletiva, deve exercer atividades rurais e a prestação de serviços do trabalhador deve ocorrer em imóvel rural ou em prédio rústico.

Neste sentido, Maurício Godinho Delgado entende:

---

<sup>10</sup> GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. Atualizadores: PINTO, José Augusto Rodrigues; SOUZA, Otávio Augusto Reis de. 18. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 445.

São dois elementos fáticos-jurídicos especiais da categoria agropastoril: o primeiro, consistente na vinculação a um tomador de serviços de caráter rural; o segundo, consistente na circunstância de o trabalho ser prestado em imóvel rural ou prédio rústico.<sup>11</sup>

O contrato do empregado doméstico também possui elementos fático-jurídicos especiais, que o diferencia dos demais contratos de trabalho. Tais elementos dizem respeito à finalidade não lucrativa dos serviços prestados, à circunstância de serem esses serviços prestados à pessoa ou à família e, finalmente, ao fato de essa prestação desenvolver-se em função do âmbito residencial do tomador dos serviços.<sup>12</sup>

### 1.3 Contrato Nulo

A disciplina do contrato nulo no âmbito trabalhista segue os mesmos patamares mínimos de validade utilizados no ramo civil. Assim, são considerados nulos os contratos realizados com violação da lei, firmado por agente incapaz ou privado de algum requisito ou forma essencial, sendo que qualquer das situações listadas, independente da presença das outras, é capaz de eivar de nulidade o contrato trabalhista.<sup>13</sup>

Amauri Mascaro Nascimento, define contrato nulo focando nos efeitos (ou na ausência deles) dele decorrentes, não se preocupando com as causas de tal nulidade:

A nulidade é uma sanção instituída em razão de um interesse geral. Contrato nulo é aquele que não produz nenhum dos efeitos jurídicos em vista dos quais as partes o concluíram. É privar a operação jurídica de qualquer reconhecimento legal.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 386.

<sup>12</sup> Ibidem.

<sup>13</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

<sup>14</sup> NASCIMENTO, Amauri. **Curso de Direito do Trabalho**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 567.

Por outro lado, Maurício Godinho Delgado, indo mais a fundo na questão, explica quais são e no que consistem os defeitos ou vícios que tornam um contrato nulo e, em decorrência disso, não apto a gerar todos os efeitos jurídicos próprios de um contrato válido e eficaz.

A nulidade deriva da ocorrência de defeitos ou vícios no ato ou seu elemento integrante. Tais defeitos e vícios, como se sabe, podem ter origem em aspectos subjetivos vinculados às próprias partes contratuais (por exemplo, ausência de capacidade adequada à prática válida do ato em exame) ou à higidez da manifestação de vontade dessas partes (como ocorre com os defeitos denominados erro, dolo ou coação). Podem tais defeitos e vícios também ter origem em aspectos objetivos vinculados ao ato mesmo ou seus elementos e aspectos integrantes. É o que se passa quer com os denominados vícios sociais (simulação e fraude à lei trabalhista), quer com a afronta a requisitos legais dirigidos aos elementos jurídico-formais do contrato (por exemplo, ilicitude do objeto contratual ou desrespeito a formalidade contratual imperativa).<sup>15</sup>

Apesar de ter adotado os mesmos parâmetros do Direito Civil para se constatar ou não a ocorrência de nulidade, o Direito do Trabalho construiu sua própria teoria, que traz em seu bojo o critério da irretroação da nulidade decreta, que reza que quando verificada a nulidade, o contrato deve ser suprimido do mundo jurídico, respeitando-se a situação fático-jurídica até então ocorrida.<sup>16</sup>

A teoria trabalhista da nulidade do contrato de trabalho teve por fundamento o fato de que após a realização do trabalho não há como reposicionar as partes à situação anterior, pois a força produtiva já foi despendida pelo trabalhador e seu valor transferido ao beneficiário, sendo assim, para evitar o enriquecimento sem causa do beneficiário com o trabalho, devem ser

---

<sup>15</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: Ltr, 2007, p. 386.

<sup>16</sup> Ibidem.



deferidas todas as vantagens ao trabalhador, tendo em vista que a própria ordem jurídica confere preferência ao valor-trabalho e aos direitos trabalhistas.<sup>17</sup>

Na prática jurisprudencial de nossos tribunais do trabalho, a teoria trabalhista da nulidade do contrato de trabalho nem sempre é passível de aplicação plena, como expõe Maurício Godinho Delgado: “pois o tipo de defeito emergente do ato jurídico e o bem jurídico afrontado por esse defeito são aspectos que tendem a ensejar uma gradação relativa no que toca à aplicação dessa teoria especial de nulidades”.<sup>18</sup>

#### **1.4 Trabalho Proibido**

São vários os conceitos de trabalho proibido surgido na doutrina, valendo destacar o de Zangrando:

A atividade proibida é aquela cujo exercício, por algum motivo, é impedido pela lei, para determinadas pessoas. É exemplo a proibição do trabalho de menores em locais ou serviços prejudiciais à sua formação moral (CLT, art. 405, II). Aqui, apesar de nulo o contrato, o mesmo gera efeito, e poderá o trabalhador reclamar os direitos trabalhistas gerais porventura devidos.<sup>19</sup>

No que tange ao trabalho proibido, que é uma espécie de contrato nulo, este é assim caracterizado por ser prestado em desacordo com normas de proteção trabalhista, ou em outras palavras, é o que, por vários motivos, a lei impede que seja exercido por determinadas pessoas ou em determinadas circunstâncias, sem que essa proibição decorra da moral ou dos bons costumes.

---

<sup>17</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: Ltr, 2007.

<sup>18</sup> Ibidem, p. 480.

<sup>19</sup> ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. **Curso de Direito do Trabalho**: tomo II. São Paulo: LTr, 2008, p. 654.

O Trabalho é proibido quando, embora a objeto seja lícito, a lei veda o emprego de certas pessoas, ou em determinadas tarefas ou em determinadas condições, o que deixa claro uma proibição circunstancial do trabalho.<sup>20</sup>

São exemplos já consagrados às hipóteses de trabalho noturno, perigoso ou insalubre para o menor de 18 anos (arts. 7º, XXXIII, da CF e 404 e 405 da CLT), o trabalho da mulher que demande força muscular além de um certo limite (art. 390 da CLT). Também é proibido o trabalho do menor de 14 anos e o exercido em certas profissões por pessoas não habilitadas ou capacitadas para tal (dentista, médico, advogado, etc).<sup>21</sup>

Guilherme Guimarães Feliciano, sintetiza bem o acima exposto, asseverando que nos casos de trabalho proibido, o objeto da relação laboral não é ilícito, sendo certo que a proibição do trabalho decorre de circunstâncias extrínsecas, referentes a capacidade do obreiro e a certos requisitos exigidos pela legislação, por exemplo. Além disso, Feliciano consignou aspecto importante, ao nos lembrar que nos casos de trabalho proibido, a declaração de nulidade do pacto laboral não impede que este surta efeitos legais.

Já por trabalho juridicamente impossível (proibido) compreende-se aquele em que o objeto do contrato, em si mesmo, não contém qualquer ilicitude, porque a atividade empreendida pelo laborista é intrinsecamente incensurável; nada obstante, circunstâncias extrínsecas ao próprio trabalho têm o condão de torná-lo proibido (v.g., a idade do trabalhador, a sua condição de imigrante ilegal ou o não – cumprimento de formalidades exigidas pela legislação). Nesses casos, até que a nulidade seja declarada, o pacto laboral deve surtir todos os efeitos legais, exatamente porque é impossível restituir-se ao trabalhador o ‘status quo ante’ (art. 182 do NCC).<sup>22</sup>

<sup>20</sup> GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 73.

<sup>21</sup> Ibidem.

<sup>22</sup> FELICIANO, Guilherme Guimarães. Efeitos Positivos dos contratos nulos de emprego público: distinguir o joio do trigo. **Revista do Tribunal Regional da 15ª Região**, n. 29, p. 114.

## 1.5 O Requisito especial do inciso II do art. 37 da Constituição Federal

### *1.5.1 Investidura em cargo ou emprego público – Princípio do Concurso Público*

Quando se trata de acesso aos cargos e empregos públicos, necessário se faz o preenchimento do requisito da previa aprovação em concurso publico, mandamento constitucional, disposto no inciso II do artigo 37.<sup>23</sup>

Tal requisito está albergado pelo Principio do Concurso Publico, consubstanciado na obrigatoriedade constitucional de previa aprovação em certame publico, de livre acesso, a todos que se enquadrem em parâmetros pré definidos, onde haja critérios objetivos para avaliar o mérito de cada participante, buscando-se, dessa forma, a seleção dos mais preparados, com vistas a propiciar eficiência e aperfeiçoamento da maquina publica, em prejuízo de escolhas arbitrárias, onde prevalece apadrinhamentos, benesses individuais e favorecimentos pessoais.<sup>24</sup>

Hely Lopes Meirelles, ao conceituar concurso publico, sintetiza, em poucas linhas, tudo quanto acima exposto:

[...] o concurso público é o meio técnico posto à disposição da Administração Pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos da lei, consoante determina o art. 37, II, da CF. Pelo concurso público afastam-se, pois, os ineptos e os apaniguados, que costumam abarrotar as repartições, num espetáculo degradante de protecionismo e falta de

---

<sup>23</sup> JORGE, Manoel; Silva Neto. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009, p. 465.

<sup>24</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, v. 3, 1992, p. 67.

escrúpulos de políticos que se alçam e se mantêm no poder leiloando empregos públicos.<sup>25</sup>

Um pouco mais sucintas, mas não menos relevantes e precisas, são as palavras de José dos Santos Carvalho Filho, que destaca a importância de se auferir e prestigiar o mérito, como critério de escolha para preenchimento dos cargos publico:

O concurso público é o que melhor representa o sistema de mérito, porque traduz um certame de que todos podem participar nas mesmas condições, permitindo que sejam escolhidos os melhores candidatos.<sup>26</sup>

No mesmo sentido segue José Afonso da Silva:

O princípio da acessibilidade aos cargos e empregos públicos visa essencialmente realizar o princípio do mérito que se apura mediante investidura por concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo em comissão declarado em lei, ressalvados as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração (art. 37, II).<sup>27</sup>

O Concurso Publico, alem de possibilitar igualdade de condições ao que pleiteiam um cargo ou emprego publico, tendo o mérito como critério determinante, também tem o condão de propiciar a realização dos Princípios da Moralidade e da Eficiência, intrínsecos a Administração Publica.

O Supremo Tribunal Federal, instado a se manifestar sobre o porquê da exigência de previa aprovação em concurso publico, destacou o papel legitimador que tal requisito cumpre sob o ponto de vista ético-juridico, ao reservar a investidura nos cargos e

<sup>25</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30. ed. Atualizado por AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALEIXO, Dêlcio Balestro; BURLE FILHO, José Emmanuel. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 375.

<sup>26</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro, 2006.

<sup>27</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 697.

empregos públicos apenas aos que superem o requisito em questão, e deu ênfase à preservação do Princípio da Igualdade, em detrimento a escolhas arbitrárias e discriminatórias.<sup>28</sup>

## 1.6 Súmula 363 do Tribunal Superior do Trabalho

### 1.6.1 Histórico e Fundamentos

A Constituição Federal de 1988, com o nítido intuito de moralizar o serviço público, trouxe um dispositivo (art. 37, inciso II), que obriga os entes da Federação e demais pessoas jurídicas de direito público, a só investirem em cargo ou emprego público pessoas previamente aprovadas em certame público, conforme regras estabelecidas na legislação pertinente.

Neste diapasão, não há dúvidas de que o concurso público, quando realizado sem vícios, conforme a forma estabelecida em lei, surge como um poderoso instrumento para se evitar o aparelhamento político e partidário do Estado. O que se pretende é a preservação da moralidade e o respeito à dignidade do trabalhador.

Não obstante a clareza da regra constitucional que veda a contratação de servidor público sem a realização de certame público, a prática tem demonstrado que o Art. 37, inciso II, da Constituição Federal sofre violação desde sua vigência. As contratações efetuadas sem a observância do dispositivo constitucional em tela são nulas, e diante desse quadro, resta

---

<sup>28</sup> “[...] A razão subjacente ao postulado do concurso público traduz-se na necessidade essencial de o Estado conferir efetividade ao princípio constitucional de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, vedando-se, desse modo, a prática inaceitável de o Poder Público conceder privilégios a alguns ou de dispensar tratamento discriminatório e arbitrário a outros”. BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. ADI- 2.364-MC, Relator: Ministro Celso de Mello, Brasília, DF, 01º ago. 2001. DJ de 14.12.01. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 23 set. 2009.

claro que o Estado, constatando tal irregularidade, deve extinguir a relação até então assumida com o trabalhador, **sem que haja o reconhecimento de vínculo de emprego.**

Destaque-se que o não reconhecimento de vínculo empregatício, em virtude da nulidade a ser declarada em tais casos, foi o principal argumento justificador do não deferimento de outros direitos trabalhistas ao trabalhador contratado irregularmente.

Assim, o Tribunal Superior do Trabalho formou jurisprudência limitando os efeitos patrimoniais decorrentes da efetiva prestação de serviços, o que acarretou a edição da Súmula n.º 363 atualmente com o seguinte teor:

CONTRATO NULO. EFEITOS (nova redação) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 - A contratação de servidor público, após a CF/1988, sem prévia provação em concurso público, encontra óbice no respectivo art. 37, II e § 2º, somente lhe conferindo direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor da hora do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS.<sup>29</sup>

A redação atual é o resultado de uma série de alterações surgidas desde a origem de tal verbete, que surgiu por meio da Resolução 97 editada pelo TST em 2000, que resultou da conversão do precedente 85 da SBDI-1 do TST (editado em 28/04/97) em Enunciado, denominação anterior à Emenda Constitucional 45/04.

A redação original da Súmula n.º 363 era a seguinte:

Contrato nulo – Efeitos – Devido apenas o equivalente aos salários dos dias trabalhados. A contratação de servidor público, após a CF/88, sem prévia aprovação em concurso público encontra óbice no art. 37, II, da CF/88, sendo

---

<sup>29</sup> BRASIL. **Livro da Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília. Disponível em <[http://www.tst.jus.br/Cmjpn/livro\\_html\\_atual.html](http://www.tst.jus.br/Cmjpn/livro_html_atual.html)>. Acesso em: 18 out. 2009.

nula de pleno direito, não gerando nenhum efeito trabalhista, salvo quanto ao pagamento dos salários dos dias efetivamente trabalhados.<sup>30</sup>

Nota-se que o entendimento da época era o de que, diante da nulidade, não havia que se falar em deferimento de quaisquer direitos trabalhistas, excetuando-se o pagamento dos salários dos dias efetivamente trabalhados, como forma de compensar o trabalho efetivamente prestado.

A exceção quanto ao pagamento dos salários tem com fundamento o fato de ser impossível ao tomador de serviços restituir ao trabalhador a força de trabalho por ele despendida, e com isso, não seria justo a este trabalhador restituir os valores pagos como retribuição pelos serviços prestados.

Nesse sentido, e como forma de exemplificar o acima exposto, temos o seguinte trecho, retirado de um dos precedentes que deram origem à súmula em estudo, qual seja, o acórdão proferido no julgamento dos Embargos em Recurso de Revista nº 146.430/1994.6, publicado no DJ em 03/04/98, relatado pelo então Ministro Francisco Fausto:

Todavia, na hipótese, filio-me à tese de que é devido o pagamento de salários pelo período laborado. Isto porque, em se tratando de relação laboral, é impossível, pelo reconhecimento da nulidade do contrato de trabalho, o retorno das partes ao status quo ante, já que é fisicamente impossível ao tomador de serviços retomar ao laborista a força de trabalho por ele despendido.<sup>31</sup>

Tal entendimento não perdurou por muito tempo, por conter violação aos incisos IV, VII e X, do art. 7º da CF/88, pois “do modo como foi consubstanciado este

---

<sup>30</sup> BRASIL. **Livro da Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília. Disponível em <[http://www.tst.jus.br/Cmjpn/livro\\_html\\_atual.html](http://www.tst.jus.br/Cmjpn/livro_html_atual.html)>. Acesso em: 18 out. 2009.

<sup>31</sup> BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. SBDI. E-RR-146.430/1994.6. Relator: Ministro Francisco Fausto. Brasília, DF, 9 mar. 1998. DJ de 03.04.98. Disponível em <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 18 out. 2009.

entendimento jurisprudencial, houve violação do direito social à percepção de salário nunca inferior ao mínimo”.<sup>32</sup>

A Resolução 111/2002 do TST, em função da necessária expurgação da violação constitucional observada, alterou o texto sumular, que passou a garantir o respeito ao valor da hora do salário mínimo. Assim, a Súmula n.º 363 passou a ter a redação abaixo observada:

A contratação de servidor público, após a Constituição de 1988, sem aprovação em concurso público, encontra óbice no seu art. 37, II, e § 2º, somente conferindo-lhe direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o salário mínimo hora.<sup>33</sup>

Esse entendimento só veio a ser alterado com a edição da Medida Provisória n.º 2.164-41, que inovou a Lei de Regência do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS (Lei n.º 8.036/90), com o acréscimo do art. 19-A, com o seguinte teor:

Art. 19-A. É devido o depósito do FGTS na conta vinculada do trabalhador cujo contrato de trabalho seja declarado nulo nas hipóteses previstas no art. 37, § 2º, da Constituição Federal, quando mantido o direito ao salário.<sup>34</sup>

Esse artigo garantiu ao trabalhador contratado irregularmente pela Administração Pública o direito ao depósito do FGTS em sua conta vinculada. Diante dessa inovação legislativa, o TST passou a deferir, na hipótese aqui discutida, direito diverso do previsto na Súmula 363, com a redação até então vigente.

---

<sup>32</sup> RIATTO, Ana Paula Dal Igna. Os efeitos da declaração de nulidade do contrato de emprego entre o estado e o contratado sem concurso público. **Juris Plenum Trabalhista e Previdenciária**, v. 3, n. 11, p. 14, abr. 2007.

<sup>33</sup> BRASIL. **Livro da Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília. Disponível em <[http://www.tst.jus.br/Cmjpn/livro\\_html\\_atual.html](http://www.tst.jus.br/Cmjpn/livro_html_atual.html)>. Acesso em: 18 out. 2009.

<sup>34</sup> Ibidem.



O advento da Medida Provisória, no entanto, fez eclodir, ato contínuo, uma nova orientação no âmbito da Justiça do Trabalho, mais especialmente no Tribunal Superior do Trabalho, que passou a admitir, pois, um segundo efeito quando da declaração de nulidade contratual. Além da contraprestação pactuada, passou a Alta Corte Trabalhista a considerar devidos, igualmente, os depósitos do FGTS, em observância ao que agora dispõe a Lei 8.036/90, pelo introduzido art. 19-A, a ponto de implementar nova alteração redacional ao texto do verbete n. 363 de sua Súmula.<sup>35</sup>

A justificativa para esse novo entendimento jurisprudencial foi a de que a alteração imprimida à Lei 8.036/90 pelo art. 9º da Medida Provisória 2.164-41/2001, teve caráter meramente declaratório de obrigação preexistente, pois o deferimento do salário mínimo, na hipótese ora analisada, tem como consequência imediata o surgimento do fato gerador para a incidência do FGTS, ou seja, considerou-se que quando se declara o direito ao salário, depreende-se, como consequência, o direito ao FGTS.

Ora, se se assegura o salário mínimo, manifesto que presente o fato gerador para a incidência do FGTS. Nesta perspectiva, portanto, a Medida Provisória em tela tem conteúdo meramente declaratório de obrigação preexistente.

Dessa forma, fez-se necessário uma nova alteração no texto da Súmula 363, que passou a ter a redação até hoje vigente.

### *1.6.2 Precedentes do Tribunal Superior do Trabalho*

A evolução jurisprudencial pode ser observada com a análise dos fundamentos dos precedentes que contribuíram para o entendimento consubstanciado no verbete em estudo.

O primeiro precedente surgiu do julgamento dos Embargos em Recurso de Revista nº TST-E-RR- 92.722/1993.2, na Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, publicado no Diário da Justiça de 16/05/97, que teve como redator designado o então Ministro Francisco Fausto, e como embargante o Ministério Público do Trabalho da 21ª Região e como embargado João Maria da Silva.

O entendimento da Turma, ao manter a decisão do 21º Regional, deu-se no sentido de que não restou configurada a violação do artigo 37, inciso II, da Constituição, **“porque a invocação de tal dispositivo não exime o órgão que se beneficiou dos serviços do Reclamante de pagar a este as verbas rescisórias, diante de sua dispensa”**.<sup>36</sup>

Até então vigia a tese de que os conseqüentários trabalhistas deveriam ser deferidos ao obreiro contratado sem o devido concurso público, mesmo diante do **não reconhecimento de vínculo empregatício**, em virtude da nulidade da contratação sem o preenchimento do requisito previsto no Art. 37, II, da CF, pois a nulidade contratual não poderia retroagir, por não ser possível a restituição da força de trabalho despendida pelo obreiro, sendo que o poder público, por ter dado causa à nulidade, não poderia alegá-la em seu benefício.

Da leitura do acórdão depreende-se que a discussão se deu sobre o tipo de efeito a ser dado ao ato declarado nulo, se *‘ex tunc’* ou *‘ex nunc’*:

---

<sup>35</sup> CHAVES, JUIZ LUCIANO ATHAYDE. A inconstitucionalidade do recolhimento do FGTS nas hipóteses de contratações irregulares de empregados públicos. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região**, n. 49, p. 54.

<sup>36</sup> BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. SBDI-1. E-RR-146.430/1994.6. Relator: Ministro Francisco Fausto. Brasília, DF, 9 mar. 1998. DJ de 03.04.98. Disponível em <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 20 out. 2009.

[...] por isso, o que se questionou, então, quando interposta a revista, foi o efeito *ex nunc* do ato nulo decretado pelo Regional. Assim, a ofensa ao art. 896 da CLT será enfocada, também, sob o aspecto de a revista ter viabilidade ou não por violação do inciso II do art. 37 da Constituição Federal, para que seja definido o efeito da declaração de nulidade, se *ex tunc* ou *ex nunc*.<sup>37</sup>

O precedente ora estudado consignou a tese de que é uma relação de fato a surgida entre o ente público e o Obreiro, quando oriunda de contrato declarado nulo, sendo tal ato considerado inexistente, produzindo, dessa forma, efeitos ‘*ex tunc*’. Sendo assim, em tais casos há uma relação de trabalho sem a configuração de qualquer vínculo com o poder público.

Vale destacar o trecho da decisão, que consubstancia o até aqui exposto:

A nulidade decorrente do não atendimento dos pressupostos previstos no art. 37, inciso II, da Constituição Federal produz efeitos *ex tunc*. Assim, o efeito primeiro da declaração de nulidade do contrato, formalizado fora das exigências constitucionais, é a inexistência do ato, o que resulta no reconhecimento da relação de trabalho sem qualquer vínculo com o poder público, ou seja, a relação jurídica com a entidade de direito público não existiu, porque o que ficou caracterizado foi apenas uma relação de fato.<sup>38</sup>

A situação do obreiro, que presta serviços a ente público sem o manto de contrato firmado com o preenchimento dos requisitos legais, foi comparada com a situação do funcionário de fato, figura vinculada ao direito administrativo, que presta serviços ao poder público tendo como contrapartida apenas o pagamento de salários, conforme se depreende do trecho abaixo:

Por isso, a hipótese dos autos tem estreita identificação com o caso do funcionário de fato, figura vinculada ao Direito Administrativo, ao qual é devido apenas o pagamento de salários, já que, formalizada esta modalidade de prestação de serviços, não se tem por configurada a relação de emprego. Portanto, sem o reconhecimento do vínculo empregatício, em face do efeito *ex*

<sup>37</sup> BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. SBDI-1. E-RR-146.430/1994.6. Relator: Ministro Francisco Fausto. Brasília, DF, 9 mar. 1998. DJ de 03.04.98. Disponível em <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 20 out. 2009.

<sup>38</sup> *Ibidem*.

tunc da declaração de nulidade da contratação, só existe o direito ao pagamento dos salários pelos serviços prestados, nada sendo devido a título de verbas rescisórias.<sup>39</sup>

Outro precedente, relatado pelo então Ministro Ronaldo Lopes Leal, confirma a tese acima exposta, ao restringir a condenação do ente público aos dias efetivamente trabalhados e não pagos ao obreiro, em virtude da decretação de nulidade do contrato de trabalho, conforme se verifica no trecho transcrito:

Conquanto não se possa reconhecer o vínculo empregatício entre as partes, em virtude de a contratação estar eivada de vício – inexistência de concurso público -, a prestação de serviços é incontroversa: a Reclamante despendeu sua força de trabalho e o tomador de serviços obteve os benefícios dela advindos, sendo devido, apenas, o pagamento dos valores correspondentes à efetiva prestação de serviços, eventualmente não pagos.<sup>40</sup>

Constata-se a consolidação do entendimento de que ao Obreiro, quando contratado irregularmente pela Administração Pública, só é devido o pagamento do equivalente aos salários dos dias efetivamente trabalhados, isto porque se reconhece a real prestação de serviço e a impossibilidade de regresso da força de trabalho despendida.

Diante do exposto, vê-se claramente que o entendimento até hoje prevalecente já estava maduro no âmbito do Tribunal Superior do Trabalho, sendo prova disso o fato de que as alterações surgidas na Súmula n.º 363 não se deram nos seus fundamentos.

---

<sup>39</sup> BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. SBDI-1. E-RR-146.430/1994.6. Relator: Ministro Francisco Fausto. Brasília, DF, 9 mar. 1998. DJ de 03.04.98. Disponível em <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 20 out. 2009.

<sup>40</sup> BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. SBDI-1. E-RR-96.605/1993.1. Relator: Ministro Ronaldo Lopes Leal. Brasília, DF, 27 jun. 1997. DJ de 01.08.97. Disponível em <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 20 out. 2009.

### *1.6.3 A posição da doutrina convergente*

No que tange ao entendimento doutrinário favorável à edição da Súmula 363 do TST, observa-se que há unanimidade quanto aos possíveis efeitos a serem dados, mas há dissonância quanto aos argumentos justificadores de tais posicionamentos.

Quanto à questão, Sérgio Pinto Martins assevera que o Administrador e o Obreiro praticam ato ilegal quando se colocam numa relação tipicamente de trabalho sem estarem albergados pelo indispensável requisito exigido por norma constitucional para preenchimento de cargo ou emprego público. Também deixa transparecer que, nem um nem outro pode se imiscuir de culpa alegando ignorância da Lei, argumento muito usado por quem sempre vê o trabalhador como vítima de administradores irresponsáveis, nunca como cúmplice.

Se não há vínculo de emprego, por falta de concurso público, não deveria ser paga qualquer verba ao trabalhador. A falta de concurso público tanto é ilegal para a Administração como para o trabalhador, que deveria saber da sua necessidade, pois não pode alegar a ignorância da Lei (art. 3º da LICC).<sup>41</sup>

Complementando o raciocínio acima exposto, o citado autor, ao consignar que o princípio da legalidade deve reger os atos da Administração Pública, claramente enfoca a questão somente pelo prisma dos Princípios Constitucionais que regem a Administração Pública. Defende a tese de que a norma constitucional que veda a contratação sem o devido concurso público está acima de qualquer legislação ordinária trabalhista e dos princípios basilares do Direito do Trabalho, considerados implicitamente como irrelevantes na busca de outro entendimento sobre a questão.

---

<sup>41</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **Comentários às Súmula do TST**. São Paulo: Atlas, 2005, p. 228.

A Administração Pública está adstrita ao princípio da legalidade (art. 39 da Constituição), devendo observar a regra constitucional. Não se trata de interpretar o contrato realidade, mas a norma constitucional, que está acima das regras ordinárias da CLT e dos princípios de Direito do Trabalho.<sup>42</sup>

Também temos o argumento de Raymundo Antônio Carneiro Pinto em defesa da Súmula n.º 363 do TST :

Sob a alegação de que um humilde e ignorante homem do povo, muitas vezes desempregado, não resiste a submeter-se ao ato irregular, uma corrente vinha tentando emprestar foros de legalidade à admissão sem concurso ou, ao menos, obter para o obreiro envolvido, como indenização, a quantia equivalente ao total das verbas trabalhistas a que faria jus se fosse válido o contrato de trabalho declarado nulo. A própria Carta magna – no caput do art. 37 – impõe a observância, pela administração pública, dos princípios da legalidade e moralidade. A liberalidade com os que desrespeitam normas constitucionais levaria ao imoral abuso, em especial por parte dos milhares de prefeitos Brasil a fora. Afinal, segundo o art. 3 da Lei de Introdução ao Código Civil, ‘Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.’<sup>43</sup>

Sem deixar de fazer referência aos tão propalados Princípios da Legalidade e da Moralidade, ressalta que diante dos abusos cometidos por (maus) políticos, não há como considerar a ignorância de humildes trabalhadores, e muito menos o desconhecimento da Lei, como fatores aptos a justificar a concessão de direitos trabalhistas típicos de uma relação de trabalho oriunda de um contrato de trabalho válido. Verifica-se uma legítima preocupação de cunho político-administrativo em tal posicionamento, não apenas jurídica ou meramente principiológica.

José Eduardo Haddad, ao discorrer sobre a Súmula 363 do TST, também tece comentários sobre os efeitos do contrato de trabalho declarado nulo, em função da ausência de requisito essencial a sua validade:

<sup>42</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. **Comentários às Súmula do TST**. São Paulo: Atlas, 2005, p. 228.

<sup>43</sup> PINTO, Raymundo Antônio Carneiro. **Súmulas do TST comentadas**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2008, p. 309.

De fato, operada a nulidade do contrato, a relação é inexistente, não se podendo a ela impor conseqüências de natureza trabalhista, visto que a contratação irregular não gera vínculo de emprego (súmula 331).<sup>44</sup>

Constata-se que o citado autor fez referencia ao item II da Súmula 331 do TST, que ao tratar sobre terceirização nos serviços públicos, declara a impossibilidade de formação de vínculo de emprego diretamente com o ente público tomador de serviços, em face do disposto na norma constitucional em questão, qual seja, o inciso II do art. 37. Usando do mesmo raciocínio, Haddad é enfático ao afirmar que constatada a nulidade, tem-se por inexistente a relação entre a Administração Pública e o Obreiro ‘contratado’ sem os requisitos constitucionalmente exigidos, sendo que neste caso, não poderia haver o deferimento de quaisquer das verbas trabalhistas.

Indo mais a fundo, Haddad combate o argumento dos que acham injusto um ato da Administração eivado de vício causar prejuízos ao trabalhador, principalmente em relação ao vínculo de emprego. Deixa claro que o reconhecimento do vínculo de emprego e os efeitos daí decorrentes possuem apenas o condão de incentivar a indesejável prática de contratações irregulares:

Pode parecer injusto que o ato irregular da Administração Pública na contratação do empregado possa trazer-lhe prejuízos com relação ao vínculo de emprego e, nestes casos, poder-se-ia sustentar o direito dos mesmos ao recebimento das demais verbas fixadas pela lei consolidada. Todavia, isso poderia servir de incentivo à prática da irregularidade na contratação, o que é indesejável.<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> HADDAD, José Eduardo. **Precedentes Jurisprudenciais do TST comentados**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2002, p. 188-189.

<sup>45</sup> Ibidem.

## **2 A TEORIA DOS PRINCÍPIOS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E SEUS CRITÉRIOS DETERMINANTES**

### **2.1 Colisão entre princípios constitucionais e conflito de regras.**

Antes de qualquer consideração, é preciso compreender, mesmo que de forma não profunda, a distinção entre princípios e regras, sob a ótica da teoria dos direitos fundamentais formulada por Robert Alexy. Para ele, os princípios são mandamentos de otimização, cujo cumprimento dar-se-á num maior ou menor grau, em proporção à existência ou não de colisão com outros princípios, enquanto regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas.<sup>46</sup>

Segundo Alexy, ocorre colisão entre princípios ou conflitos de regras quando uma norma, ao ser colocada em prática, gera um resultado diametralmente oposto ao que é (ou seria) obtido com a consecução de outra norma também passível de aplicação no mesmo caso concreto.

[...] é o fato de que duas normas, se isoladamente aplicadas, levariam a resultados inconciliáveis entre si, ou seja, a dois juízos concretos de dever-ser jurídicos contraditórios.<sup>47</sup>

---

<sup>46</sup> BRANCO, Ana Paula Tauceda. **A Colisão de Princípios Constitucionais no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.

<sup>47</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: SILVA, Virgílio Afonso da. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.



Quando se trata de um conflito entre regras, há duas soluções possíveis: ou se coloca, em uma das regras, uma cláusula de exceção apta a solucionar o conflito quando posta em prática; ou elimina-se o conflito declarando-se uma das regras inválidas.<sup>48</sup>

Quando se trata de regras não é possível a convivência entre normas contraditórias entre si. Trata-se apenas de uma questão de validade, não se cogitando falar em graduação, em peso conforme a situação fática delineada. “Ou uma norma é válida, ou não é”.<sup>49</sup> Ressalte-se que se a norma for válida, a sua consequência jurídica também o será.

Quando for necessário declarar a invalidade de uma regra, deve-se utilizar regras especiais pré-determinadas, tais como a que diz que lei posterior derroga lei anterior ou que preceitua que lei especial derroga lei geral. O principal, em tal caso, é perceber que a decisão é sobre validade ou não das regras conflitantes.

Ao falarmos de colisão entre princípios, subtede-se que um deverá prevalecer, sem, contudo, tornar o princípio preterido inválido.

Entretanto, para se decidir por um princípio em um caso concreto, não se faz necessário “que o princípio cedente seja declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção”.<sup>50</sup> As condições inerentes a certos fatos é que determinarão qual dos

---

<sup>48</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**: Tradução: SILVA, Virgílio Afonso da. São Paulo: Malheiros, 2008.

<sup>49</sup> Ibidem, p. 91.

<sup>50</sup> Ibidem, p. 92.

princípios, entre dois colidentes, que terá prevalência. “Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições”.<sup>51</sup>

Importante destacar, que a colisão entre princípios ocorre na dimensão do peso, lembrando que só princípios válidos podem colidir.

O peso dado a um princípio vai variar de acordo com o caso concreto, pois entre eles inexistente uma relação de prevalência absoluta. Isto quer dizer que não há uma escala de precedência, sendo certo que a colisão entre princípios será resolvida “por meio de um sopesamento entre os princípios conflitantes”.<sup>52</sup>

O sopesamento visa definir qual dos interesses (princípios) tem maior peso no caso concreto. Para se obter um sopesamento é preciso questionar qual dos princípios conflitantes tem maior peso no caso concreto, ou seja, como entre princípios não há hierarquia, as condições do caso concreto é que definirão qual terá precedência.

Só há colisão entre princípios quando a realização de um implica na restrição das possibilidades jurídicas de realização do outro, sendo que a solução para tal situação consiste na fixação de condições sob as quais um princípio terá prevalência sobre o outro, ou seja, no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto.<sup>53</sup>

---

<sup>51</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: SILVA, Virgílio Afonso da. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 93.

<sup>52</sup> Ibidem, p. 95.

<sup>53</sup> Ibidem, p. 96.

Para entender e visualizar com mais precisão o conceito de precedência condicionada e sua importância na compreensão das colisões entre princípios, é preciso ter em mente que dois princípios só colidem quando, num determinado caso, a realização de um leva a um juízo concreto de dever-ser distinto do que se obteria em caso de realização do outro princípio também considerado.<sup>54</sup>

Nesta hipótese, há duas possíveis soluções. Ou se estabelece uma relação de precedência incondicionada, quando determinado princípio, não importa sob quais condições, tem prevalência absoluta sobre outro, ou se estabelece uma relação de precedência condicionada, onde a prevalência de um princípio sobre o outro dependerá das condições do caso concreto.

Resta claro que, quando se estabelece uma relação de precedência condicionada, faz-se necessário indagar qual princípio tem mais “peso” em determinadas condições.

Neste intuito, faz-se necessário saber com base em quais critérios se definirá o peso de cada princípio colidente, sendo que a resposta para essa indagação está no conceito de relação condicionada de precedência, que nos diz que num determinado caso, dado princípio (P1) terá um peso maior do que outro princípio (P2) se houver razões suficientes para que P1 prevaleça sobre P2, sob determinadas condições, que devem estar presentes no caso concreto.

---

<sup>54</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: SILVA, Virgílio Afonso da. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 96.

Essas condições (de precedência) compõe a Lei de Colisão, e são representadas pela ‘C’. Desempenha papel importante no enunciado de preferência, determinando qual princípio terá preferência sobre o outro, em caso de colisão e na formulação da regra, sendo que “se uma ação ‘h’ preenche ‘C’, então, ‘h’ é proibida sob o ponto de vista dos direitos fundamentais”.<sup>55</sup>

Assim, temos que a estrutura do enunciado de preferência faz com que ‘C’ ora seja a condição de precedência, ora seja o pressuposto do suporte fático de uma regra, pois a precedência de um princípio em face de outro só é possível em determinadas condições, sendo que só quando presentes tais condições teremos a consequência jurídica que resulta do princípio prevalente:

Por conseguinte, de um enunciado de preferência acerca de uma relação condicionada de preferência decorre um regra que, diante da presença da condição de precedência, prescreve a consequência jurídica do princípio prevalente.<sup>56</sup>

Em face das considerações supra, resta claro, que a Lei de Colisão reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização.

## 2.2 Princípio da Proporcionalidade

A garantia do devido processo legal, tão presente no senso comum de justiça, e originada no direito anglo-saxão, foi importante para a origem e desenvolvimento do princípio da proporcionalidade.

---

<sup>55</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: SILVA, Virgílio Afonso da. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 98.

<sup>56</sup> Ibidem.

Nos Estados Unidos, tal garantia foi positivada e consagrada constitucionalmente, por meio das emendas 5ª e 14ª. Desenvolveu-se, à princípio, como garantia estritamente processual (procedural due process), que visava a regularidade do processo, ao assegurar o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Já o devido processo legal substantivo teve como razão de ser a análise de mérito dos atos do Poder Público, possibilitando o exame do caráter injusto ou arbitrário do ato, o que adentra na questão da discricionariedade, posto que o legislador ou o agente emanador do ato, além de decidir dentro dos parâmetros fixados em lei, deve se preocupar com a justiça ou razoabilidade do ato, que se traduzirá na compatibilidade entre o meio empregado e os fins visados, sendo que os fins devem ser legítimos.

A ideia por trás dessa sorte de considerações consiste em estabelecer critérios para compatibilizar os meios e os fins visados .

Enfim, para garantir a efetividade de certos direitos é preciso, dentro de um contexto fático-jurídico, limitá-los, servindo para tal fim a prática do devido processo legal, seja na garantia de um regular processo, seja na verificação da razoabilidade ou justiça de ato emanado pelo Poder Público.

Diante dessa perspectiva, pode-se afirmar que o princípio da proporcionalidade “é um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça”.<sup>57</sup>

Por ser um princípio formado por proposições de caráter subjetivo, não é fácil conceituá-lo, mas para fins normativos, como vem sendo utilizado atualmente, necessário se faz a busca de elementos mais objetivos na caracterização da razoabilidade dos atos do Poder Público. O sucesso desse intuito evita que se perca a essência do princípio, ou que o mesmo se torne um critério para julgamentos arbitrários.

Ressalte-se que a razoabilidade-proporcionalidade surge como fator determinante para conciliar os fatores invariavelmente presentes em toda ação relevante para criação do direito.<sup>58</sup>

A razoabilidade de uma medida deve ser aferida em dois momentos: dentro da lei (razoabilidade interna) que diz com a existência de uma relação racional e proporcional entre seus motivos, meios e fins e com a verificação de sua adequação aos meios e fins admitidos e preconizados pelo Texto Constitucional, sendo que no caso de inadequação, a lei não será legítima nem razoável, mesmo que o seja internamente.<sup>59</sup>

O Tribunal Constitucional Alemão, em decisão proferida em 1971, conceituou o princípio da proporcionalidade, apresentando um outro requisito qualificador da razoabilidade-

---

<sup>57</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 230.

<sup>58</sup> Ibidem.

<sup>59</sup> Ibidem.

proporcionalidade, que é o da exigibilidade ou necessidade da medida, sendo que até então, falava-se apenas no requisito da adequação:

O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, para que seja atingido o fim almejado. O meio é adequado quando, com o seu auxílio, se pode promover o resultado desejado; ele é exigível quando o legislador não poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não-prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental.<sup>60</sup>

Diante do exposto, o requisito da necessidade pode ser visto, ainda que sucintamente, como o imperativo de que os meios utilizados para consecução dos fins visados sejam os menos onerosos para o cidadão.

O outro requisito qualificador da proporcionalidade também surgiu na doutrina alemã. Trata-se da proporcionalidade em sentido estrito, que consiste na “verificação da relação custo-benefício da medida, isto é, da ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos”.<sup>61</sup>

Tradicionalmente, o princípio da proporcionalidade teve influência no âmbito do Poder Executivo, principalmente na área do direito administrativo, servindo “como medida da legitimidade do exercício do poder de polícia e da interferência dos entes públicos na vida privada”.<sup>62</sup>

No que tange ao poder judiciário, o princípio, além de servir como instrumento de proteção ao processo, notadamente no tratamento das medidas cautelares, também serve como

---

<sup>60</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 234.

<sup>61</sup> Ibidem, p. 235.

<sup>62</sup> Ibidem, p. 236.

critério aferidor dos atos do Poder Legislativo, sendo que neste caso “a aferição da razoabilidade importa em um juízo de mérito sobre os atos editados pelo Legislativo, o que interfere com o delineamento mais comumente aceito da discricionariedade do legislador”.<sup>63</sup>

Ao aferir a proporcionalidade de uma medida, o Judiciário vai além do mero controle objetivo da legalidade, pois inevitavelmente expõe sua visão do que seja racional ou razoável. Nessa tarefa, o judiciário deve ter a ciência de que não é seu papel se por no lugar do administrador ou do legislador, que num Estado de Direito possuem a prerrogativa de definir as políticas públicas, por ocuparem seus respectivos cargos em função da vontade popular.

Tais considerações não impedem que o judiciário atue mais incisivamente, quando “se trate de preservar a vontade do povo, isto é, do constituinte originário, contra os excessos de maiorias legislativas eventuais...”, sendo que neste caso “o controle de constitucionalidade se exerce, precisamente, para assegurar a preservação dos valores permanentes sobre os ímpetos circunstanciais”.<sup>64</sup>

Luiz Roberto Barroso, sintetiza bem a importância prática do princípio da proporcionalidade, conceituando-o como um meio apto a controlar os ímpetos de legisladores e administradores, que usam da discricionariedade para desvirtuar o sentido da Constituição e da lei:

O princípio da razoabilidade é um mecanismo de controle da discricionariedade legislativa e administrativa. Ele permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou atos administrativos quando: (a) não haja relação de adequação entre o fim

---

<sup>63</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 237.

<sup>64</sup> Ibidem, p. 238.



visado e o meio empregado; (b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus a um direito individual; (c) não haja proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha.<sup>65</sup>

### *2.2.1 A teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade*

Neste tópico será demonstrado que há uma conexão entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade, pois diante do até aqui exposto, resta claro que a máxima da proporcionalidade implica a natureza dos princípios, sendo o contrário também verdadeiro. Alexy foi preciso ao explicar tal constatação:

Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é deduzível dessa natureza.<sup>66</sup>

Conforme já dito, princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas e jurídicas. Dessa assertiva podemos afirmar que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito, por manter uma relação de compatibilidade com a natureza dos princípios, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas.

Assim, fica implícito que quando há colisão entre uma norma de direito fundamental com caráter de princípio e um princípio antagônico, será necessário a verificação da possibilidade jurídica de ambos, por meio de um sopesamento, que será realizado nos termos da

<sup>65</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 252.

<sup>66</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: SILVA, Virgílio Afonso da. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 117.

lei de colisão. A obrigatoriedade de sopesamento decorre do fato de que é obrigatória a aplicação de princípios válidos quando tiverem relação com a hipótese apreciada.

[...] o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos. Isso significa, por sua vez, que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzível do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais.<sup>67</sup>

Por outro lado, decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas, as máximas da necessidade e da adequação.

Para se constatar que a máxima da necessidade decorre do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais, basta um simples exame da necessidade em uma hipótese onde serão consideradas a existência de apenas dois princípios conflitantes, sendo cada um alegado por dois sujeitos de direito (estado /cidadão).<sup>68</sup>

Neste caso, quando duas medidas (M1 e M2) são igualmente adequadas para fomentar certo objetivo, que tem por base o princípio P1, será escolhida a medida que menos afete a realização da norma de direito fundamental com estrutura de princípio (P2) que colide com o princípio P1. Dessa forma, P2, por ter características de princípio, e assim exigir uma otimização no que diz respeito às possibilidades fáticas, pode ser realizado em maior medida se escolhe M2 em vez de M1. “Por isso, pelo ponto de vista da otimização em relação às

---

<sup>67</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: SILVA, Virgílio Afonso da. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 117-118.

<sup>68</sup> Ibidem.

possibilidades fáticas, e sob a condição de que tanto P1 quanto P2 sejam válidos, apenas M2 é permitida e M1 é proibida”.<sup>69</sup>

No exemplo acima, fica patente que o exame da necessidade apenas permite, num caso concreto, que se privilegie uma medida em face de outra, dizendo qual delas afeta menos a realização dos princípios colidentes (uma questão de possibilidades fáticas). Quando se faz necessário a escolha de uma alternativa (decisão quanto ao princípio que será realizado), trata-se de uma questão de possibilidades jurídicas, ou seja, uma questão de sopesamento entre princípios. Nesse diapasão, quando um princípio é afetado, mesmo que o seja pelo meio menos gravoso, “ao exame da necessidade deve se seguir sempre o exame da proporcionalidade em sentido estrito, isto é, a exigência de sopesamento”.<sup>70</sup>

Tendo em vista o que foi esplanado até o presente momento, não se vislumbra dificuldades para deduzirmos que o exame da adequação também decorre do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais e da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas, sendo tal constatação comprovada pela seguinte linha de raciocínio:

Se M1 não é adequada para o fomento ou a realização do objetivo Z – que ou é requerido por P1 ou é idêntico a ele –, então, M1 não é exigida por P1. Para P1 é, portanto, indiferente se se adota a medida M1, ou não. Se, sob essas condições, M1 afeta negativamente a realização de P2, então, a adoção de M1 é vedada por P2 sob o aspecto da otimização em relação às possibilidades fáticas.<sup>71</sup>

---

<sup>69</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: SILVA, Virgílio Afonso da. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 119.

<sup>70</sup> Ibidem, p. 120

<sup>71</sup> Ibidem.

Cumpra ressaltar que só há uma correlação entre a máxima da proporcionalidade e as normas de direitos fundamentais, quando estas tenham em sua essência o caráter de princípio.

## **2.3 Os critérios determinantes da Proporcionalidade**

O princípio da proporcionalidade deve ser utilizado como parâmetro condutor da função legislativa ou toda vez em que estiver em jogo limitações a direitos fundamentais. Para se aferir se uma medida está de acordo com o princípio da proporcionalidade, é preciso a verificação da ocorrência de seus critérios, quais sejam: o critério da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito. Não é demais lembrar que os critérios acima listados precisam estar presentes concomitantemente, para que certa medida esteja em consonância com o Princípio da Proporcionalidade.

### *2.3.1 O critério da Adequação*

O critério da adequação pode ser visto como a exigência de que as medidas adotadas pelo Poder Público sejam aptas a atingir os objetivos pretendidos, causando o menor prejuízo possível<sup>72</sup>, ou como “uma exigência de que qualquer medida restritiva deve ser idônea à consecução da finalidade perseguida, pois, se não for apta para tanto, há de ser considerada inconstitucional”.<sup>73</sup>

---

<sup>72</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>73</sup> Ibidem, p. 78.

A adequação diz respeito à idoneidade dos meios, ou em outras palavras, se a medida restritiva de direitos é apta para o atingimento dos fins almejado.

Robert Alexy, traduz a ideia de adequação por meio de um esquema simples:

Se M1 não é adequada para o fomento ou a realização do objetivo Z – que ou é requerido por P1 ou é idêntico a ele –, então, M1 não é exigida por P1. Para P1 ou é indiferente se se adota a medida M1, ou não. Se, sob essas condições, M1 afeta negativamente a realização de P2, então, a adoção de M1 é vedada por P2 sob o aspecto da otimização em relação às possibilidades fáticas.<sup>74</sup>

Ao contemplar o esquema acima, e os conceitos listados, não há como fugir da conclusão de que o critério da adequação, quando verificado, impede que seja adotada uma medida que não seja apta a atingir determinado fim, ou que possa causar prejuízos.

Portanto, deve o legislador ou o interpretador das normas, questionar sempre se o meio escolhido, ou se determinada medida, contribui para a obtenção do resultado pretendido, verificando a pertinência da relação meio-fim.

A importância de se aferir a adequação de certa medida restritiva de direitos surge quando se constata a possibilidade de uma lei aparentemente ter o condão de solucionar dado conflito, e na prática ter um resultado não condizente com os fins visados, sendo que a não adequação é constatada quando os efeitos previstos não ocorrem, ou quando ocorrem ulteriores consequências jurídicas indesejadas.<sup>75</sup>

<sup>74</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: SILVA, Virgílio Afonso da. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 119.

<sup>75</sup> BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. 3. ed, Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 82.

Cumprе ressaltar, por oportuno, que a verificação da adequação deve ser realizada levando-se em conta o momento em que o legislador formulou a medida, isto para se aquilatar se os meios empregados na ocasião eram ou não idôneos aos fins pretendidos.

### *2.3.2 O critério da Necessidade*

O critério da necessidade ou Princípio da exigibilidade, remete à ideia de menor ingerência possível, e é deduzível quando se indaga se certa medida restritiva de direitos fundamentais, apta a consecução de um fim constitucionalmente justificado, além de idônea, é a que causa menor prejuízo ou menos restrições.

Luiz Roberto Barroso entende que tal critério consiste “no imperativo de que os meios utilizados para atingimento dos fins visados sejam os menos onerosos para o cidadão. É a chamada proibição de excesso”.<sup>76</sup>

Indo mais a fundo, já adentrando no exame de sua importância na verificação da constitucionalidade de leis, Barroso afirma que “uma lei será inconstitucional por infringência ao princípio da proporcionalidade, se se puder constatar, inequivocamente a existência de outras medidas menos lesivas”.<sup>77</sup>

Também é certo afirmar que só se pode falar na exigibilidade de uma medida se esta for adequada, sendo forçoso concluir que “o princípio da necessidade traz em si o requisito

---

<sup>76</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 234-235.

<sup>77</sup> Ibidem.

da adequação. Só se fala em exigibilidade se o meio empregado pelo legislador for idôneo à prossecução do fim constitucional”.<sup>78</sup>

Revisitando os conceitos de Alexy, pode-se, de forma simples, resumir como se dá o exame da necessidade: se em uma dada situação for preciso o fomento de certo objetivo, albergado pelo princípio P1, que por sua vez se choca com o princípio P2, será escolhida, dentre várias medidas, a que for, além de adequada, a menos prejudicial à realização do Princípio P2.<sup>79</sup>

Dessa forma, resta claro que pelo critério da necessidade ou Princípio da Exigibilidade, não basta que se afirme que certa medida não é a menos lesiva, sendo necessário que o legislador ou o magistrado, indique uma outra medida menos gravosa, que, se aplicada, seja menos prejudicial do que a medida rejeitada pelo critério ora analisado.

Em outras palavras, o exame da necessidade decorrerá da exigência de que se compare a medida a ser adotada, com outras igualmente idôneas e eficazes, decidindo-se pela que for a menos lesiva à direito fundamental.

### *2.3.3 O critério da Proporcionalidade em Sentido Estrito*

Para se concluir se uma medida restritiva adotada em uma determinada situação é justa (proporcional) não basta o enquadramento dela nos critérios da adequação e da necessidade, tendo em vista que a observância desses critérios não é garantia da escolha da

---

<sup>78</sup> BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. 3. ed, Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 82.

<sup>79</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: SILVA, Virgílio Afonso da. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 119.

melhor medida “precisamente porque dela pode resultar uma sobrecarga ao atingido que não se compadece com a ideia de justa medida”.<sup>80</sup>

Portanto, temos que o critério da Proporcionalidade em Sentido Estrito surge como uma das dimensões do Princípio da Proporcionalidade, servindo para indicar se as vantagens de certa medida superam as desvantagens dela oriunda.

Luiz Roberto Barroso, sintetiza bem o até aqui exposto, ao conceituar a Proporcionalidade em Sentido Estrito como “a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos”.<sup>81</sup>

Dessa forma, é notório que o critério ora estudado visa o equilíbrio entre valores e bens, posto que o juiz não pode deferir medida que imponha um ônus elevado ao titular de um direito, mesmo se esta medida for, ao mesmo tempo a mais adequada e a menos onerosa à direito fundamental.

Assim, conclui-se que não se trata da busca da medida mais adequada e menos lesiva, mas sim da medida que preencha tais requisitos, sem, contudo, limitar ou impedir, de forma demasiada, o implemento de um justo objetivo, que se contrapõe ao direito realizado pela medida restritiva.

O estudo do critério da Proporcionalidade em Sentido Estrito conduz à noção de que o Princípio da Proporcionalidade não se limita à busca da medida mais adequada, que dentre outras idôneas seja a menos lesiva à direito fundamental. A razão de ser do princípio da proporcionalidade é a busca de uma medida que garanta a realização de certo Princípio, sem, contudo onerar em demasia a satisfação de interesses albergados por um outro princípio.

Dessa forma, temos que a definição sobre a escolha de uma medida não é uma questão de possibilidades fáticas, não se restringindo ao exame da adequação e da necessidade.

---

<sup>80</sup> BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. 3. ed, Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 84-85.

<sup>81</sup> Ibidem, p. 235.



Trata-se de uma questão de possibilidades jurídicas, enfim, uma questão de sopesamento entre dois Princípios, decorrendo daí a obrigatoriedade do exame do critério da Proporcionalidade em Sentido Estrito.

É em função do acima delineado que caso até mesmo o meio menos gravoso afete a levemente a realização de um Princípio, ao exame da necessidade deve se seguir sempre o devido sopesamento, isto é, o exame da Proporcionalidade em Sentido Estrito.<sup>82</sup>

---

<sup>82</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: SILVA, Virgílio Afonso da. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 119-120.

### **3 SÚMULA 363 DO TST – FUNDAMENTOS, OBJETIVOS E RESULTADOS ALCANÇADOS – NÃO ENQUADRAMENTO NO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

#### **3.1 Histórico e fundamentos**

Conforme registrado, a Súmula 363 surgiu da necessidade do Tribunal Superior do Trabalho uniformizar a jurisprudência trabalhista acerca dos efeitos oriundos das contratações realizadas pela Administração Pública sem a observância do requisito do concurso público, previsto no art. 37, II, da CF, pois até então várias interpretações do supracitado dispositivo pululavam em nosso ordenamento, gerando insegurança jurídica, prejudicial ao Estado e aos trabalhadores.

Nos primeiros julgados sobre a questão, a SBDI-1 da Corte Superior Trabalhista discutiu o tipo de efeito a ser dado ao ato declarado nulo, se ‘ex tunc’ ou ‘ex nunc’, sendo que prevaleceu a tese de que a relação havida entre o Estado e o trabalhador contratado irregularmente é uma relação de fato, produzindo, dessa forma, efeitos ‘ex tunc’, decorrendo daí o entendimento de que em caso de violação do art. 37, II, da CF, o contrato deve ser declarado nulo, não sendo possível o reconhecimento de vínculo de emprego com o poder público.

Com a consolidação desse entendimento, o foco dos questionamentos passou a ser os efeitos oriundos dessa nulidade, sendo certo que, em caso de sua decretação, não é possível

o retorno das Partes ao status quo ante, já que é fisicamente impossível o tomador de serviços retomar ao trabalhador a força de trabalho por ele despendida.

A evolução jurisprudencial se deu no sentido de que os únicos efeitos possíveis seriam o direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o valor do salário mínimo, e dos valores referentes aos depósitos do FGTS, descartando o deferimento de quaisquer outros direitos trabalhistas.

A impossibilidade de reconhecimento de vínculo de emprego entre o Estado e o trabalhador contratado irregularmente, em virtude da nulidade daí decorrente, foi o principal argumento que o TST utilizou como justificativa para o não deferimento de outros direitos trabalhistas.

Com o implemento da Súmula 363, o Tribunal Superior do Trabalho teve por objetivo de gerar um suposto equilíbrio entre os interesses do trabalhador e os do Estado: com o trabalhador requerendo direitos trabalhistas, mesmo diante da nulidade, sob o argumento de que preencheu os requisitos de uma relação de emprego; e o Estado (Administração Pública) defendendo a moralidade administrativa, com a alegação de que o deferimento de direitos trabalhistas, em tais casos, geraria prejuízo aos cofres públicos, ou seja, a toda coletividade.

O Enunciado foi redigido com a nítida intenção de tentar afastar qualquer dúvida quanto aos efeitos decorrentes da nulidade contratual, limitando o deferimento de direitos aos trabalhadores e criando, concomitantemente, um ônus à Administração Pública, como forma de tentar coibir novas contratações.

Sob certo prisma, houve um nítido intuito de se evitar a violação ao Princípio do Concurso Público, com o reconhecimento da nulidade da contratação efetuada sem a satisfação do requisito previsto no inciso II do art. 37 da Constituição Federal.

Por outro lado, o TST tentou contemplar os Princípios Trabalhistas, ao impedir que o trabalhador contratado irregularmente ficasse destituído de qualquer proteção em face da nulidade, o que justificaria os direitos previstos na Súmula 363.

### **3.2 Referencial Teórico**

Não obstante tais considerações, temos todo um aparato teórico, consubstanciado no princípio da proporcionalidade e seus critérios, que emerge da necessidade de se estabelecer parâmetros para solucionar colisões entre Princípios, como é o caso da questão ora estudada.

O Princípio da Proporcionalidade, conforme já visto, é composto por três critérios: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

O critério da adequação diz respeito à idoneidade da medida, isto é, a aptidão para se atingir um resultado almejado.

Já o critério da necessidade se coaduna com a ideia de exigibilidade, de menor onerosidade, ou seja, com a busca da medida que possibilite a satisfação de um dado direito fundamental, sem causar uma excessiva limitação a um outro direito igualmente fundamental.

Complementando os critérios acima delineados, temos a Proporcionalidade em Sentido Estrito, que tem em sua essência a exigência de ponderação entre o ônus imposto por determinada medida e o benefício propiciado por ela, para se verificar se sua adoção justificou a interferência na esfera de outros direitos fundamentais. Trata-se da aferição do custo-benefício.

Quando bem aplicados, referidos critérios propiciam a possibilidade de escolha de medida idônea, pouco prejudicial (exigível) e cujo resultado final gere mais benefícios do que prejuízos.

Cabe ressaltar que o Princípio da Proporcionalidade serve tanto como parâmetro para o legislador, assim como para o interprete da norma, propiciando um sopesamento entre princípios colidentes, de acordo com o caso concreto.

### **3.3 Análise dos Fundamentos justificadores do entendimento consagrado na Súmula 363 do Tribunal Superior do Trabalho**

#### *3.3.1 Deferimento de Direitos Trabalhistas só quando há reconhecimento de vínculo empregatício com o Estado*

Conforme já assentado, um dos argumentos justificadores da redação dada à Súmula 363 se traduz na ideia de que só quando há reconhecimento de vínculo empregatício com o Estado é possível que este seja responsabilizado pelo adimplemento de direitos trabalhistas.

Este argumento afigura-se contraditório, pois esta mesma Corte Superior, no item IV do seu Enunciado 331, trouxe a possibilidade do Estado arcar, nas hipóteses de terceirização lícita, com o pagamento de obrigações trabalhistas, inclusive multas, nos casos em

que for condenado subsidiariamente, mesmo sem o reconhecimento de vínculo de emprego com os trabalhadores vítimas do inadimplemento da empresa prestadora de serviços.<sup>83</sup>

Neste caso, a responsabilidade do Estado persiste mesmo quando observado um processo licitatório regular, bastando que a empresa prestadora se mostre inidônea (inadimplente em relação a direitos trabalhistas), fato comum na atualidade,<sup>84</sup> o que demonstra que não raras vezes o Estado, mesmo em face de um vínculo indireto, é obrigado, em virtude de entendimento sumulado do TST, a adimplir obrigações trabalhistas de trabalhadores não concursados.

Ora, se o TST admite a possibilidade de o Estado arcar com o pagamento dos consectários trabalhistas, mesmo quando não ocorre a formação de vínculo de emprego nos casos de terceirização lícita, por que afasta-se essa possibilidade quando este mesmo Estado, desrespeitando a regra do concurso público, contrata diretamente trabalhadores para lhe prestar serviços?

### *3.3.2 Ponderação entre o Princípio do Concurso Público e o Princípio da Proteção ao Trabalhador - Equilíbrio entre os interesses do Estado e os do Trabalhador*

Não cabem críticas à regra trazida pela atual Carta Magna, que obriga os entes da Federação e demais Pessoas Jurídicas de Direito Público a só investirem em cargo ou emprego público pessoas previamente aprovadas em certame público, pois a criação de tal regra isonômica só trouxe benefícios ao Estado, e via de consequência, aos cidadãos.

---

<sup>83</sup> DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: Ltr, 2009, p. 451.

<sup>84</sup> Ibidem, p. 461.

Por outro lado, não é possível negligenciar a situação de pessoas que, **mesmo sem terem cumprido o requisito da prévia aprovação em concurso público**, firmaram contrato com a Administração Pública, com a anuência de Administradores e políticos, laborando nas mesmas funções reservadas aos “concursados”, sem qualquer distinção visível, capaz de evidenciar uma situação de irregularidade ou de precariedade.

Ao confirmar a nulidade da contratação de servidor público sem a prévia aprovação em concurso público, ao mesmo tempo em que garantiu o pagamento de salários e dos valores referentes ao depósito do FGTS, o TST implicitamente visou estabelecer um equilíbrio entre o dever de dar eficácia ao Princípio do Concurso Público e a necessidade de se respeitar os Princípios Protetivos do Direito do Trabalho.

Apesar desse nobre intuito, o que se formou foi uma situação onde o trabalhador contratado irregularmente viu-se tolhido de qualquer possibilidade de ser contemplado com o deferimento de outros direitos trabalhistas.

Cumpre lembrar que o deferimento do direito aos salários apenas se justifica como forma de evitar o enriquecimento ilícito do Estado, ante a impossibilidade de se repor a força de trabalho despendida pelo trabalhador. Já o direito aos depósitos do FGTS, teve caráter meramente declaratório de obrigação preexistente, pois o deferimento do salário mínimo, na hipótese ora analisada, tem como consequência imediata o surgimento do fato gerador para a incidência do FGTS, ou seja, considerou-se que quando se declara o direito ao salário, depreende-se, como consequência, o direito ao FGTS.

Portanto, fica bastante claro que o TST conspirou contra princípios isonômicos básicos insculpidos na ordem jurídica do país, pois foi extremamente rigoroso ao não deferir direitos trabalhistas básicos, o que garantiria uma isonomia remuneratória com os trabalhadores concursados, como ocorre nos casos em que o Estado é responsabilizado subsidiariamente no pagamento de créditos trabalhistas.

Privilegiou-se, assim, apenas o interesse do Estado de ver declarada a nulidade da contratação efetivada ao arrepio da regra do concurso público, o que evidenciou a isonomia de direitos apenas quanto à regra de que é garantido a entrância no serviço público a todos que forem aprovados em processo seletivo, realizado segundo regras pré definidas e de acordo com princípios administrativos.

Deve-se fazer valer os Princípios da Primazia da Realidade e da Proteção ao Trabalhador, afastando-se, por conseguinte, a prevalência exclusiva de Princípios que apenas garantem isonomia sob o aspecto formal, em detrimento de situações fáticas, que merecem uma melhor regulamentação.

Dessa forma, não há como fugir da constatação de que a Corte Superior Trabalhista não foi feliz em sua tentativa de fazer um sopesamento entre os princípios conflitantes, solucionando a contento a questão ora discutida.

No caso, uma isonomia (remuneratória) em prol dos trabalhadores também deveria ser garantida, seja como forma de se preservar a regra isonômica do art. 5º, caput, e inciso I, da CF, seja em face da face da prevalência, em nosso ordenamento jurídico, do valor



trabalho e dos créditos trabalhistas (cita-se, como exemplo, os seguintes artigos de nossa Carta Magna: 1º, II e IV, 3º, I, III e IV, 4º, II, 6º, 7º, caput, e incisos VI, VII, X, 100, ab initio, e 170, III).

Portanto, fica patente que a problemática ora estudada, que é exemplo de colisão entre princípios, com um nítido favorecimento de uns, em detrimento de outros, seria melhor solucionada com “o estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Com a “fixação das condições sob as quais um princípio teria precedência em face do outro”.<sup>85</sup>

O estabelecimento de uma relação de precedência condicionada permitiria enfocar a questão sob um aspecto mais justo, pois seria possível estabelecer parâmetros mais práticos, capazes de definir mais precisamente, caso a caso, o grau de responsabilidade das partes envolvidas, e por conseguinte, os direitos, deveres e responsabilidades que caberiam a cada uma.

O teor da Súmula 363 do TST poderia (deveria) ser mais amplo, diante da omissão legislativa acima delineada. Seria perfeitamente possível estabelecer a punição cabível a autoridade responsável pelo ato irregular. Tal constatação demonstra que a posição do TST não foi a mais isonômica e pode (deve) ser modificada, como forma de se atingir o fim por ela almejado.

---

<sup>85</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: SILVA, Virgílio Afonso da. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 96

### **3.4 O enunciado 363 do TST (à luz) sob o prisma do Princípio da Proporcionalidade e seus critérios**

#### *3.4.1 Princípio da Proporcionalidade - Critério da Adequação – Por que a Súmula 363 do TST não é idônea?*

Conforme já consignado, para que uma medida satisfaça o Critério da Adequação, deve ser idônea para atingimento do fim que justificou a sua adoção.

Quando se constata que o teor da Súmula 363 do TST apenas regula os efeitos da nulidade, trazendo limitação a direitos e garantias dos trabalhadores, sem fazer qualquer menção de punição ao Administrador que, no mínimo, permitiu o ingresso de pessoas sem a devida aprovação em concurso público, resta claro que há um estímulo à violação da norma constitucional que veda tal conduta.

Temos, assim, caracterizada a inadequação da Súmula 363 do TST, ante a sua manifesta inidoneidade. Ocorre, na verdade, um sacrifício de direitos trabalhistas, sem que se coibam as práticas verificadas na Administração Pública.

Analisando mais detidamente a solução dada pelo TST, fica evidenciado que a restrição ao deferimento de direitos trabalhistas em nada contribui para o objetivo de se impedir contratações irregulares no âmbito da Administração Pública direta ou indireta.

Assim, para a realização do Princípio do Concurso Público é indiferente se adota ou não medidas restritivas à direitos trabalhistas.

Indo mais a fundo, observa-se que na verdade o teor da Súmula 363 do TST afeta negativamente a realização de princípios trabalhistas. Portanto, o entendimento consubstanciado na Súmula 363 não pode subsistir, tendo em vista o critério da Adequação.<sup>86</sup>

Não é demais ressaltar que o disposto no § 2º do art. 37 da Carta Magna não é plenamente observado, pois não há no ordenamento jurídico pátrio dispositivo de lei prevendo a punição específica que caberia à autoridade responsável pela contratação efetuada sem o respeito à regra do concurso público.

O teor da Súmula 363 do TST deveria ser mais amplo, diante da omissão legislativa acima delineada. Seria perfeitamente possível estabelecer a punição cabível a autoridade responsável pelo ato irregular. Tal constatação demonstra que a posição do Tribunal Superior do Trabalho não foi a mais isonômica e deve ser modificada, como forma de se atingir o fim por ela almejado.

#### *3.4.2 Princípio da Necessidade ou da Exigibilidade - Existência de medidas menos onerosas para o trabalhador contratado irregularmente e mais idônea*

Cumprir lembrar que uma medida deve se submeter ao critério da adequação e superá-lo, antes de ser analisada sob o prisma do critério da necessidade.

Determinada medida, para superar o critério da necessidade, além de ser a menos lesiva, deve ser a que cause o menor prejuízo à direito fundamental que conflite com o Direito a ser contemplado.

---

<sup>86</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: SILVA, Virgílio Afonso da. São Paulo: Malheiros, 2008.

O Tribunal Superior do Trabalho, no afã de coibir as contratações irregulares realizadas pela Administração Pública, firmou o entendimento, por meio do Enunciado 363, de que em tais casos, a nulidade do contrato deve ser declarada, restando ao trabalhador apenas o direito aos salários dos dias efetivamente trabalhados e aos depósitos do FGTS.

Num primeiro momento, o teor do enunciado se afigura benéfico ao trabalhador contratado irregularmente, pois, o deferimento dos salários e dos depósitos do FGTS, mesmo diante da nulidade do contrato, poderia ser visto como a medida mais adequada e menos lesiva aos Direitos fundamentais trabalhistas.

Entretanto, quando se analisa mais detidamente a questão, sob à luz dos Princípios Protetivos do Direito do Trabalho, e em face dos objetivos visados pelo Enunciado 363, percebe-se que seria possível e necessário o estabelecimento de outra(s) medida(s) .

O deferimento de outros direitos trabalhistas (cujo rol dependeria do caso concreto) teria o condão de realmente tornar onerosa à contratação de trabalhador sem a realização do devido concurso público, o que de fato inibiria tal prática danosa ao Estado, além de possibilitar uma solução mais equânime ao trabalhador.

#### *3.4.3. Critério da Proporcionalidade em sentido Estrito – Não “enquadramento” da Súmula 363 do Tribunal Superior do Trabalho*

Mesmo se a Súmula 363 do TST preenchesse os critérios da adequação e da necessidade, esbarraria no critério da Proporcionalidade em Sentido Estrito, por claramente propiciar poucas vantagens ao Estado (que continua abarrotado de pessoas contratadas

irregularmente) e grandes prejuízos ao trabalhador, que quando dispensado, nem sequer pode contabilizar o tempo de serviço posto à disposição do Estado para fins previdenciários, ou ver deferidos direitos trabalhistas básicos.

Não custa lembrar que uma solução mais eficaz, capaz de inibir as contratações irregulares no âmbito da Administração Pública passa obrigatoriamente pelo estabelecimento de punições a quem permite ou se omite diante desse atos, sendo que um maior ônus pecuniário ao Estado também seria pertinente.

O enunciado ora contestado foi formulado sem a preocupação “de uma verificação da relação custo-benefício da medida, isto é, de uma verificação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos”<sup>87</sup>, servindo apenas como uma forma de solucionar milhares de casos que chegam ao judiciário trabalhista, lides que deixam patente o quanto a Súmula 363 não foi capaz de inibir novas contratações irregulares.

Ao contrário do que pensam os defensores da Súmula 363 do TST, a possibilidade de deferimento de outros direitos trabalhistas, não acarretaria um aumento desse tipo de contratação, tendo em vista que tal possibilidade faria com que se tornasse realmente oneroso para o Estado continuar com a conduta irregular, fato que levaria a sociedade e os governantes a encarar a questão com mais seriedade, pois o prejuízo não seria tão somente do trabalhador contratado irregularmente, mas também de toda coletividade.

---

<sup>87</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 235.

Destarte, face às considerações supram transcritas, não há como fugir da constatação de que a Súmula 363 do TST, não se coaduna com o critério da Proporcionalidade em Sentido Estrito, por ter trazido apenas desvantagens ao trabalhador, sem qualquer contrapartida inibitória, de caráter punitivo, a quem dessa causa ao ato irregular.

## CONCLUSÃO

O Princípio do Concurso Público, inserido no art. 37, II, da Constituição Federal representou um avanço em termos de moralização do serviço público.

O Tribunal Superior do Trabalho formulou o Enunciado 363 em decorrência da necessidade de se regular os efeitos da nulidade das contratações efetuadas sem o devido respeito a regra que só permite que a Administração Pública contrate pessoas previamente aprovadas em certame público.

A Súmula 363 do TST confirma a declaração de nulidade do contrato efetuado ao arrepio da regra acima exposta e limita os efeitos ao pagamento dos salários dos dias efetivamente trabalhados e aos depósitos do FGTS.

A presente monografia visou demonstrar o quanto que tal enunciado foi inócuo como medida apta a desestimular contratações feitas sem a observância da regra do Concurso Público, ao mesmo tempo em que não considerou devidamente princípios trabalhistas basilares.

Diante do marco teórico apresentado, consubstanciado no Princípio da Proporcionalidade, não resta dúvidas de que quando há colisão entre Princípios Fundamentais, deve-se fazer o devido sopesamento entre eles, como forma de evitar ou perpetuar injustiças.

Nesse contexto, não é razoável que os responsáveis pelas contratações irregulares no âmbito da Administração Pública continuem impunes, quando se constata que a Súmula 363 do TST só serviu para limitar direitos trabalhistas, sem dar plena eficácia ao Princípio do Concurso Público e ao da Moralidade Administrativa.

Portanto, mesmo diante da inafastável decretação de nulidade das contratações irregulares e apesar da impossibilidade de reconhecimento de vínculo de emprego, defende-se uma reformulação no teor da Súmula 363 do Tribunal Superior do Trabalho, que estabeleça punições aos Administradores responsáveis pela violação da regra do Concurso Público, e aumente o rol de direitos trabalhistas a serem deferidos aos trabalhadores contratados irregularmente, como forma de desestimular novas contratações irregulares.

Assim, chega-se à conclusão de que a continuidade do entendimento traduzido na Súmula 363 do TST, só perpetua uma situação prejudicial ao trabalhador contratado irregularmente, sem que haja uma plena satisfação ao Princípio do Concurso Público.



## REFERÊNCIA

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: SILVA, Virgílio Afonso da. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2005.

BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. 3. ed, Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, v. 3, 1992.

BRANCO, Ana Paula Tauceda. **A Colisão de Princípios Constitucionais no Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.

BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. ADI- 2.364-MC, Relator: Ministro Celso de Mello, Brasília, DF, 01º ago. 2001. DJ de 14.12.01. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>.

BRASIL. **Livro da Jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho**. Brasília. Disponível em <[http://www.tst.jus.br/Cmjpn/livro\\_html\\_atual.html](http://www.tst.jus.br/Cmjpn/livro_html_atual.html)>.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. SBDI. E-RR-146.430/1994.6. Relator: Ministro Francisco Fausto. Brasília, DF, 9 mar. 1998. DJ de 03.04.98. Disponível em <<http://www.tst.jus.br>>.

BRASIL. **Tribunal Superior do Trabalho**. SBDI-1. E-RR-96.605/1993.1. Relator: Ministro Ronaldo Lopes Leal. Brasília, DF, 27 jun. 1997. DJ de 01.08.97. Disponível em <<http://www.tst.jus.br>>.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro, 2006.

CHAVES, JUIZ LUCIANO ATHAYDE. A inconstitucionalidade do recolhimento do FGTS nas hipóteses de contratações irregulares de empregados públicos. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região**, n. 49, p. 54.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: Ltr, 2009.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. Efeitos Positivos dos contratos nulos de emprego público: distinguir o joio do trigo. **Revista do Tribunal Regional da 15ª Região**, n. 29, p. 114.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Manual de Direito do Trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. Atualizadores: PINTO, José Augusto Rodrigues; SOUZA, Otávio Augusto Reis de. 18. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2008.

HADDAD, José Eduardo. **Precedentes Jurisprudenciais do TST comentados**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2002.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Manual de Direito do Trabalho**: tomo I. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2004.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Comentários às Súmula do TST**. São Paulo: Atlas, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30. ed. Atualizado por AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALEIXO, Délcio Balestro; BURLE FILHO, José Emmanuel. São Paulo: Malheiros, 2005.

NASCIMENTO, Amauri. **Curso de Direito do Trabalho**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PINTO, Raymundo Antônio Carneiro. **Súmulas do TST comentadas**. 10. ed. São Paulo: LTr, 2008.

RIATTO, Ana Paula Dal Igna. Os efeitos da declaração de nulidade do contrato de emprego entre o estado e o contratado sem concurso público. **Juris Plenum Trabalhista e Previdenciária**, v. 3, n. 11, p. 14, abril. 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

ZANGRANDO, Carlos Henrique da Silva. **Curso de Direito do Trabalho**: tomo II. São Paulo: LTr, 2008.

(Reserve o espaço destinado Aos agradecimentos, pois farei isso amanhã.)

#### DEDICAÇÃO E AGRADECIMENTOS

O presente trabalho é dedicado aos meus amados pais, que sempre me estimularam a fazer o melhor.

Agradeço à Cristiane Delgado, minha madrinha, que me fez dar o primeiro passo desta longa caminhada.